

論
説

職権探知主義の規整―中国民事訴訟法を素材として―(2)

目次

小嶋 明 美

I はじめに

II 職権探知の根拠

1 『中華人民共和国民事訴訟法(試行)』成立までの経緯

2 職権探知の根拠と適用対象

3 手続価値の序列

III 極端な職権主義的訴訟

IV 当事者主義への転換

1 改革開放と民事紛争

2 『民事訴訟法(試行)』の改正

3 上からの当事者主義

職権探知主義の規整―中国民事訴訟法を素材として―(2)――小嶋

四三(四三)

V 当事者の積極的な訴訟行為の推進と職権探知の制限

- 1 証明度と証明責任
- 2 職権介入の手法
- 3 挙証期間

VI 弁論主義へ

- 1 義務から裁量へ
- 2 職権探知主義と弁論主義の併存

（以上、四三号）

VII 弁論主義とその制限

- 1 職権探知主義の相対性
- 2 職権証拠調べと訴訟資料の決定権限
- 3 証拠収集についての権限と責任

VIII 職権主義的訴訟運営

- 1 裁判の役割
- 2 適正な裁判・真実の追究と実質的平等

IX 審理段階における規律

- 1 開廷審理前の準備
- 2 法廷調査
- 3 法廷弁論

（以上、本号）

VII 弁論主義とその制限

1 職権探知主義の相対性

職権探知主義とは、弁論主義に対立する概念であり、公益が問題となる等、当事者の私的自治、自己決定権に委ねるのが妥当でない事項、訴訟について採用されている（人訴一九一・二〇等）^①。

その具体的内容は、弁論主義の三つの命題に依じて以下のようになる。

第一、裁判所は、当事者の主張しない事実でも裁判の資料として採用できる。第二、裁判所は、当事者間に争いのない事実（自白された事実）でも裁判の資料として採用しないことができる。第三、裁判所は、証拠調べをする際に、当事者の申し出た証拠のほかにも、職権で他の証拠を取り調べる^②ことができる。

しかし、判決の基礎となる事実や証拠の収集・提出については、上記三つの命題がすべて妥当し、弁論主義が全面的に排除される場合のほかに、部分的に排除される場合もある（行訴二四）。

本稿が素材とする中国民事訴訟においては、現行法の基礎となる『民事訴訟法（試行）』制定時（一九八二）、そして、改正（一九九一）後も長い間、地方によって事案によっては裁判所がすべてを賄う職権探知主義が行われた。その後、民事紛争の質と量の変化とともに、弁論主義が段階的に取り入れられることになる。

弁論主義とは、判決の基礎となる事実と証拠の収集及び提出について、当事者の権限であり、責任であるとする原則であるが、弁論主義が部分的に排除される様々な態様の審理方法において、裁判所の証拠調べにより得られた資料をどう扱うか。当事者の主張なくして（第一の命題）、また、当事者の自白に反して（第二の命題）、判決の基

礎とすることができるのか。

また、事実と証拠の収集について、裁判所には権限のほかに義務が認められるのであろうか。

前者については、私的自治、当事者の意思が尊重される場合であるのか、それとも職権探知の必要性が認められる場合であるのか、あるいは当事者の訴訟資料についての決定権限を否定する別の要請があるのか等、検討せねばならない。

後者の問題については、義務ではなく権限として、裁量としての職権探知を認める見解^③の理由として、職権探知主義が妥当しない手続や、一般的に職権探知主義が適用される事項であっても具体的な場面としては職権探知の必要のない場合をも念頭に置いていること、職権探知義務の前提となる職権探知の必要性の有無について明確な基準が立てにくいこと、司法資源に職権探知義務を担保するための制度的な手当てがないこと等^④があげられるが、これらは裁判所による恣意的な職権行使が行われた後述の^⑤『最高人民法院の民事訴訟の証拠についての若干の規定（以下、証拠規定と略称する。）』（二〇〇二）制定以前の中国民事訴訟によく当てはまる。

公益や第三者の保護のために職権探知の必要性が認められる場合には、可能な限りで職権探知をする義務を課したものと解す^⑥ことに異論はないが、中国民事訴訟が対象とする訴訟類型は多様なものを含んでおり、また、同一の訴訟類型においても多様な当事者や事案の展開が予想される。他方で、市場経済への転換が進められた中国において、民事紛争と訴訟は激増しており、裁判所がすべてを賄うのはもとより、司法資源の問題は非常に大きい。^⑦

以下に、職権探知主義の多様性、相対性という視点から、中国民事訴訟の審理方法について考察したい。

2 職権証拠調べと訴訟資料の決定権限

建国後初の『民事訴訟法(試行)』(一八八二)は、「当事者は自己が提出した主張について、証拠を提供する責任を負う。人民法院は、法定の手續に従い、全面的、客観的に証拠を収集し、調査しなければならない。」(五六)と定め、補充、改正された『民事訴訟法』(一九九二)は、「当事者は自己が提出した主張について、証拠を提供する責任を負う。当事者およびその訴訟代理人が客観的原因により自ら収集できない証拠、または人民法院が事件の審理に必要であると認める証拠は、人民法院は調査、収集しなければならない。人民法院は法定の手續に従い、全面的、客観的に証拠を審査し、確認しなければならない。」(六四)と定める。

いずれも当事者に証拠の提出責任があることが定められており、それとともに、裁判所にも証拠の調査・収集の責任が認められている。証拠の調査・収集は裁判所の義務であり、裁判所は証拠を求めて、どこへでも出かけて行った。そして、直接に裁判所の義務違反を問うものではないが、当事者は判決の誤りを理由として、あるいは新たな証拠があるときは、確定後も再審理を求めることができる(試行一五八、現行法一七九)。

また、文言からみると、職権証拠調べについての言及しているようであるが、実務では、これらの法制定時において、訴訟資料と証拠資料は区別されていないようであり、裁判所による一手引受式の審理が行われていたと考えられる。

我が国の行政事件訴訟法二四条は、職権証拠調べは認めるものの、当事者の訴訟資料についての決定権限は維持する。すなわち、職権証拠調べにより、ある事実が判明し、裁判所が釈明権を行使しても、当事者が主張することを拒否した場合には、裁判所はその事実に基づいて判決をすることはできない。また、自白の拘束力も認められ、自白された事実については証拠調べを要しない(行訴七、民訴一七九)^⑧。

中国の現行民事訴訟法においても、自白の拘束力は認められるにいったが、身分関係に関わる事件については

否定されている（最高人民法院の中華人民共和国民事訴訟法の適用にあたっての若干の問題についての意見）^⑨以下、適用意見と略称する。一九九二）七五、証拠規定八Ⅱ）。証拠調べの結果、ある事実が判明したときには、公益に関わる事件、少なくとも身分関係に関わる事件については、当事者の自由にも判決の基礎とすることができるとする趣旨であると考えられる。また、中国の民事訴訟においては、客観的真實の追究、個人の利益と国家・社会の利益との調和等が謳われ、また、当事者の自己責任が否定されていることからすれば、自由の拘束力が認められていなかった『民事訴訟法（試行）』制定時においては、事件を問わずに当事者の訴訟資料についての決定権限は認められなかったものと解することができる。

3 証拠収集についての権限と責任

最高人民法院による司法解釈である『証拠規定』（二〇〇二）は以下のように定める。「当事者は自己が提出した訴訟上の請求が根拠とする事実、または相手方の訴訟上の請求に反駁する根拠とする事実について、証拠を提供し証明する責任を有する。」（二）、「民事訴訟法六四条に定める人民法院が調査、収集しなければならない」「人民法院が事件の審理に必要と認める証拠」とは、以下の場合を指す。（一）国家の利益、社会公共の利益または他人の合法的権利・利益を損なう可能性がある事実に関わるとき、（二）職権による当事者の追加、訴訟の停止、訴訟の終了、回避等、実体的争いに関わりのない手続的事項に関わるとき。（二五）、「本規定一五条に定める場合のほか、人民法院の証拠の調査・収集は、当事者の申立てにより行わなければならない。」（二六）、「以下の要件の一つに該当する場合には、当事者及びその訴訟代理人は、人民法院に証拠の調査・収集を申し立てることができる。（一）調査、収集を申し立てる証拠が国家関係部門の保存に属し、かつ人民法院が職権により調査、収集する必要がある

保存書類資料、(二) 国家の機密、商業上の秘密、個人のプライバシーに関わる資料、(三) 当事者及びその訴訟代理人が客観的原因により自ら収集できないその他の資料。」(一七)。

このように、現在、中国の民事訴訟において、判決の基礎となる事実や証拠の収集・提出については、対象となる事項の性質により三通りの方式が用意されている。

第一に、裁判所が職権により証拠を調査、収集しなければならない場合(証拠規定一五)、第二に、当事者の申立てにより、裁判所が証拠を調査、収集しなければならない場合(証拠規定一六・一七)、第三に、裁判所が証拠を調査、収集してはならず、当事者に任せなければならない場合である。

第一の場合、証拠の調査・収集は裁判所の義務であり、裁判所が義務を果たさないと認められるときは、義務違反を問われるのである。また、職権証拠調べにより、ある事実が判明し、裁判所が釈明権を行使しても当事者が主張することを拒否した場合には、当事者の主張なくして、また、当事者の自白に反して判決の基礎とすることができるのであるか。

職権証拠調べが認められた根拠からすると、第一の場合、証拠規定一五条に定める「裁判所が職権により証拠を調査、収集しなければならない」場合は、「国家の利益、社会公共の利益または他人の合法的権利・利益を損なう可能性がある事実に関わるとき」、すなわち、公益に関わり、あるいは第三者に影響が及ぶためであると考えられるが、その中には、裁判所の職権探知が強く要請される場合、それほどでもない場合、多様な訴訟類型を含み得る¹⁰⁾。したがって、義務であるのか、あるいは義務の範囲・あり様についても、対象となる事項、訴訟によって分けて検討する必要がある。

しかし、職権行使の必要性があるから職権探知主義を採用したはずである。そうであるとすれば、しなくてもよ

いことを認めるのは背理であるとして、権限としての職権探知、裁量としての職権探知は認めるべきでないとする見解がある。だが、当事者間に争いがあり、当事者間の攻防の展開が予想されるような紛争については、裁判所の職責の範囲は反射的に狭まる。また、この見解も、裁判所の調査能力、司法資源の有限性から、当事者の協力なき場合には、裁判所も職責を尽くすことはできないと、その義務を否定することはできると考える。^⑪ 当事者の努力を前提とした職権探知主義を認めるべきであり、当事者が可能であるのに努力を怠ったと認められるときは、裁判所の義務も否定されるのが妥当な場合があると考ええる。『証拠規定』一五条は、職権探知主義を採りながら、当事者主義的訴訟運営が妥当である紛争対象にも適用される。したがって、『民事訴訟法』六四条は「しなければならぬ」との文言を用いているが、その義務の範囲・内容は一樣ではなく、紛争対象によると考える。

また、訴訟資料とするために当事者の主張を要するのにかについては、公益性が強い場合等、当事者の意思により判決内容を左右させるのが妥当でない場合には、不要とすべきであろうし、そこまでの公益性が認められないときは、当事者の意思を尊重してもよいことになる。^⑫ しかし、客観的真實の追究^⑬、個人の利益と国家・社会の利益の調和等を重んじる中国の民事訴訟は、対象となる事項の公益性の強弱に関わらず、訴訟資料についての当事者の決定権限は認めないと解することも可能である。

次に、第二の場合、「当事者の申立てにより、裁判所が証拠を調査、収集しなければならない」（証拠規定一六・一七）場合には、当事者の申立てであるときは、証拠の調査・収集は裁判所の義務であり、裁判所が義務を果たさないと認められるときは、裁判監督手続の対象となる（民訴一七九I^⑭）。

職権によるのではなく、裁判所による証拠の調査・収集に当事者の申立てを要したのは、職権証拠調べを認める前述の職権探知についての第三の命題にそのまま当てはまるものではない。裁判所による証拠の調査・収集の開始

においては、当事者の意思を尊重する規定のようにみえる。しかし、適法な申立てがあった後は、それは裁判所の義務となる。当事者が申し立てても、裁判所が行わなかったときは再審理（裁判監督手続）の開始が認められている（民訴一七九I⑤）。ことから、当事者より証拠の調査・収集の申立てがなされたときは、裁判所には証拠の調査・収集についての責任、義務が生ずるものと解することができる¹⁵⁾。

また、『証拠規定』は、「当事者およびその訴訟代理人は人民法院に証拠の調査・収集を申し立てるにあたっては、書面を提出して申し立てなければならない。申立書には被調査人の氏名または機関の名称、住所地等の基本的状況、調査・収集しなければならない内容、人民法院が証拠を調査・収集しなければならない原因およびその証明すべき事実を明記しなければならない。」（一八）と定める。この規定は、我が国における証拠の申出についての規定、「証拠の申出は、証明すべき事実及びこれと証拠との関係を具体的に明示してしなければならない。」（民訴一八〇I、民訴規九九I）に対応するものと考えられるが、但し、証拠について当事者の提出を前提とした申出ではなく、裁判所の調査・収集を求めるにあたっての要件であり、別の意義をも有することになる。

すなわち、一八条の立証事項の特定が厳密になされるならば、それは闇雲に裁判所に義務を課すものではなく、模索的証明を可能とする趣旨でもなく、裁判所に証拠収集の手掛かりを与え¹⁶⁾るとともに、その義務の範囲を画定することになる。

では、一六条に定める当事者の申立てを受けた裁判所の証拠の調査・収集によって、当事者の主張と食い違う事実が判明した場合に、裁判所は当事者の意に反しても、その事実を判決の基礎とすることができるのであろうか。

第二の場合に、「当事者の申立てにより、裁判所が証拠を調査・収集しなければならない」（証拠規定一六）資料とは、「（一）調査、収集を申し立てる証拠が国家関係部門の保存に属し、かつ人民法院が職権により調査、収集す

必要がある保存書類資料、（二）国家の機密、商業上の秘密、個人のプライバシーに関わる資料、（三）当事者及びその訴訟代理人が客観的原因により自ら収集できないその他の資料。」（一七）であるが、これは、当事者の証拠の入手に客観的困難がある場合に、職権ではなく当事者の申立てにより、裁判所の証拠の調査・収集義務を認めるものであり、裁判所の職権行使の根拠は、弁論主義を補完し、実効性あるものとするためであると考えられる。

我が国においては、このような場合、すなわち、当事者が証拠を自ら裁判所に提出することができない場合、証拠の存在に関する情報にもアクセスできない場合に、それらを可能とするための制度として、訴え提起前の照会（民訴一二三）、訴えの提起前における証拠収集処分（民訴一二三の四）、当事者照会（一六三）、調査嘱託（一八六）、文書提出命令・送付嘱託（二三二、二三三、二三四、一三六）、弁護士照会（弁二二の二）等の規定がおかれている。また、証拠の偏在等により、一方当事者について攻撃防御方法の取得が困難であるような場合には、法律上の推定等による立証責任の転換、あるいは証明責任を負わない当事者にも事実や証拠の提出を求める事案説明義務、具体的事実陳述Ⅱ証拠提出義務等の考え方が¹⁷⁾ある。

一方、中国においては、端的に、当事者が裁判所に証拠の調査・収集を求めることを認め、裁判所に証拠の調査・収集の義務を負わせることにより、弁論主義による妥当でない結果の是正が図られたものとみることができる。

第一の審理方法を採用一五条に定める場合は、公益に関わる場合、第三者に影響が及ぶ場合を想定していると解されるが、一六条が適用される第二の場合も含め、その他の場合は、我が国であれば私的自治、自己決定権に委ねられる訴訟、事項を対象とする。そして、現段階の中国民事訴訟法は、一五条に定める場合を例外として、前述の審理方法の第三、全面的な弁論主義を原則的な審理方法としている。また、前述のように、一六条も弁論主義（当事者主義）を指向するものであり、その趣旨は弁論主義の前提としての武器平等を確保することにあるとすれば、

中国の裁判所も訴訟資料と証拠資料を区別し、当事者の意思を尊重した扱いをするのだと考えることもできる。

それに対し、弁論主義採用に至った主たる理由が、裁判所の負担過重と効率の重視であったこと⁽¹⁸⁾、また、裁判所による証拠の調査・収集に当事者の申立てを要した意義は、訴訟資料についての決定権を当事者に与えたというよりは、裁判所の恣意的介入を封じようとしたものであったという経緯⁽¹⁹⁾からすれば、私的自治、自己決定権は重みを得ず、客観的現実の追究のために、当事者の意に反しても判決の基礎とすることも認められると考えることもできる。

さらに、併せて、一八条に定める立証事項の特定等が緩やかに解されるとすれば、その意義は義務の範囲を画定することよりも、証拠収集の手掛かりを与えることにおかれ、裁判所は事案解明のために相当の余地を認められることになり、そこで得られた事実について当事者が訴訟資料とすることを拒むといった訴訟資料についての当事者の決定権限は、認められないと解することもできる。⁽²¹⁾

VIII 職権主義的訴訟運営

1 裁判の役割

中国において、前章にいう第三の場合、裁判所による証拠の調査・収集が認められない場合には、どのような訴訟運営がなされるのであろうか。

我が国においては、民事裁判手続の目的は、社会に実在する紛争そのものを解決することであり、裁判所は、判決手続を推し進めるのみならず、適切に和解を行うべきであり、和解・調停を含めた幅広い紛争解決機関として、

事件の实体に迫ることが必要であると考えられている。⁽²²⁾ 中国においても、『民事訴訟法（試行）』制定前より、現行民訴法への改正後も長い間、紛争そのものの抜本的解決が目指され、和解（法院調停）による解決が極めて重視された。

双方ともに、訴えが提起されても判決のみを目標に裁判手続を進めるものではないが、しかし、中国においては、手続保障は顧みられず、弁論と和解が渾然一体となって進められたところが異なっている。民事訴訟の手続は形骸化し、無方式であり、また、職権探知主義が採られたこともあり、中国の訴訟上の和解（法院調停）は、とりわけその機能において、我が国における民事調停の観を呈していた。⁽²³⁾ しかし、中国の民事訴訟が弁論主義へと換わり、手続も厳格化されるにいたると、当事者の周囲も含めた生の紛争の抜本的解決を目指す従前の法院調停の機能は果たせなくなる。我が国には訴訟上の和解とは別に民事調停制度が存在し、訴えが提起されても裁判所は調停に付すことも可能であるが、中国にはその選択肢もない。訴訟上の和解に純化された法院調停と判決手続のみで、裁判所は如何に紛争を解決するのか。

私益の争い、我が国においては私的自治の範囲内の争いであるとされる紛争について、中国の民事訴訟は、最高人民法院による司法解釈により弁論主義を採用するにいたったが、客観的真實の追究、⁽²⁴⁾ 当事者間の実質的平等、自己責任の否定等、『民事訴訟法』制定時において重視された理念は、弁論主義への転換によりどのように実現されるのであろうか。弁論主義が適用される場合、実際にはどのような訴訟運営がなされるのであろうか。

平成8年の改正により成立した我が国の現行民事訴訟法は、その性格、構造として、多様な手段、複数のコースを用意し、その選択は実務に委ねられ、⁽²⁵⁾ 訴訟運営改善のための努力が続けられてきた。⁽²⁶⁾ 中国の民事訴訟法は、最高法院の司法解釈により職権探知主義から弁論主義への転換が可能となるほどの解釈の余地の広い規定となっている

が、地域格差等を考えると、弁論主義の採用にあたっては、妥当な結果実現のために、いっそう実務の訴訟運営に多くを期待せざるを得ないものと考えられる。

2 適正な裁判・真実の追究と実質的平等

訴訟観についても、その背景は大きく異なると考えられるが、我が国と中国には類似性を見ることができ。我が国には、「事実は誰にとっても一つであり、かつそれは人間が究明できるものであり、そしてそれを究明することが裁判の目的である」というような訴訟観がある⁽²⁷⁾。そして、人々の感覚の中には、「いざとなったらお上に訴え出ればうまく裁いてもらえる」という信頼、期待がある⁽²⁸⁾。本人訴訟を前提とした少額訴訟等をみると、その信頼を具現し、裁判所が全てをしてくれる仕組みになっている⁽³⁰⁾。また、訴訟上の和解や民事調停は、自主的紛争解決方法の一つとして位置づけられるものではあるが、その合意のあり様は、裁判所による正しい判断の提示と当事者によるその受諾であると考えることができると運用実態があり、そこからも訴訟観が伺われる。では、通常の民事訴訟においては、国民の裁判や司法に対する信頼や期待を損なわないために、審理はどのように進められ、裁判所はどのような役割を果たしているのだろうか。

中国においても、訴訟の理念として、客観的真実の追究があげられ、『民事訴訟法（試行）』の制定にあたっては、職権探知主義も、裁判監督手続もその理念を実現するものであると考えられた。裁判所は訴訟の進行のみならず、判決の基礎となる事実と証拠の収集についても全面的に責任を負い、当事者は、判決を不服とするときは確定後であっても再審理（裁判監督手続）を申し立てた。また、判決を行った裁判所も、それ以外の裁判所、検察院も再審理を求めることができるのと裁判監督手続の規定は、二〇〇七年により充実させる改正が行われている。では、正

しい裁判、真実に即した裁判は、弁論主義の下ではどのように実現されるのか。

両国とも当事者主義を採りながら、その裁判は真実を追究し、適正な裁判を求めるものであるが、我が国についていえば、当事者間には能力の格差があり、また、弁護士が代理人としてついている場合でも、弁護士の能力も様々であり、一定のレベルが保たれているわけでもない。しかも、弁護士を選択することのできる環境は整っておらず、弁護士選任の責任を当事者に負わせることも妥当でない状況にある。これは、企業が当事者となる場合も変わりなく、企業であるから資力もあり、優秀な弁護士を雇えるという論理が妥当するのは大企業の一部に過ぎないと指摘される。したがって、我が国の裁判官は当事者主義を採ることから直截に自己責任として割り切ることはしていないようである。最高裁は釈明義務違反を広く認めており、また、事案にも裁判官の個性にもよるが、我が国の裁判官はかなり面倒みよく後見的役割を果たしている³¹⁾。

経済力と教育を欠く広範な農民層を抱える中国においては、二当事者間の能力の格差を補うという視点はもとより、当事者双方についてバックアップする体制が必要となると考える。我が国においても中国においても、当事者間、弁護士間に能力差があり、そのままでは適正な裁判が実現しない場合には、実質的平等の視点のみならず、真実を追究する訴訟観からも、裁判所は後見的に介入すべきであると考えられる。また、中国の民事訴訟においては、我が国にも況して実質的平等ということが重視されたが、当事者主義的裁判へと変わり行く中で、その実現のために、裁判官はどのような役割を果たして行くのか。弁護士はその一翼を担えるのか。

当事者主義は法曹の成熟を前提としている。弁護士が十分に期待される役割を果たすことができれば、裁判官は、調整官に徹することができ、釈明権の行使においても謙抑的でよいということになるのではないか。³²⁾ 我が国においては、弁護士が裁判官に依存している、自己責任を棚上げして裁判官のせいにするとか批判されることがある。³⁴⁾しか

し、中国においては、裁判官、弁護士ともに我が国に比しても未成熟である。現在は統一司法試験も行われるようになったが、裁判官は退役軍人等法律の素人がなってきたという経緯もあり、その後、配置転換と養成によりレベルアップを図ってはいるが、未だ発展途上にある。⁽³⁵⁾ 弁護士も、同じくその資格要件は緩やかであり、法律知識の乏しいものも少なくなかった。裁判官が事件発生地に赴き、当地の人々に話を聴き、できれば話し合いにより、紛争そのものを抜本的に解決していくことが裁判所の紛争解決の主流であったときには、法曹の未成熟も当事者間の格差も顕在化することはなかったであろう。しかし、『証拠規定』等の司法解釈により当事者主義へと転換した現在の民事訴訟において、実質的平等がどのように実現されるのかは見え難い。

また、都市と農村、沿海部と内陸部、西部と東部といわれる格差は大きく、全国的に統一的な訴訟運営がなされることは妥当でない結果をもたらし得る。⁽³⁶⁾

いずれにせよ、両国ともに、必要な後見的サービスを欠くと司法は信頼を得られず、期待される機能を發揮できないことに変わりはないが、問題は、当事者主義を前提として、どのような場合に、どのように手を差し伸べるのかである。⁽³⁷⁾ この点において、中国はより慎重でなければならない。規律なきままに裁量を認めることは、これまでの中国の裁判の実情⁽³⁸⁾からして、再度大きな弊害を生み得るであろう。

IX 審理段階⁽³⁹⁾における規律

1 開廷審理前の準備

中国の民事訴訟においては、「(一) 国家の利益、社会公共の利益または他人の合法的権利・利益を損なう可能性

がある事実に関わるとき、（二）職権による当事者の追加、訴訟の停止、訴訟の終了、回避等、実体的争いに関わりのない手続的事項に関わるとき。」（証拠規定一五）は、裁判所は証拠を調査、収集しなければならず、また、「（一）調査、収集を申し立てる証拠が国家関係部門の保存に属し、かつ人民法院が職権により調査、収集する必要がある保存書類資料、（二）国家の機密、商業上の秘密、個人のプライバシーに関わる資料、（三）当事者及びその訴訟代理人が客観的原因により自ら収集できないその他の資料。」（証拠規定一七）については、当事者の申立てにより、裁判所は証拠を調査、収集しなければならない（証拠規定一六）。

そして、これらの場合に、裁判所の証拠の調査・収集により得られた資料について、前述のように当事者の決定権限が認められず、裁判官の情報処理のレベル、判決段階において真実追究の要請等が優先し、当事者の主張を要せず判決の基礎とすることが認められるとすれば、審理の過程を透明化し、不意打ちを防止する必要性は弁論主義におけるよりも遥かに大きいと言える。⁴⁰以下に、審理過程の透明化、手続保障という視点から、中国民事訴訟の検討を行う。

中国の民事訴訟も訴えの提起から始まり、我が国よりも実質に踏み込んだ受理審査がなされ、開廷審理（我が国の口頭弁論に当たる）前の準備、開廷審理と続き、当事者の意思により完結しない場合には、判決が行われることになる。そして、日本の裁判と大きく異なるのは、開廷審理は原則として一期日で終え、かつ、裁判所は立案（事件を正式に記録することをいう）の日から六カ月以内に審理を終結しなければならないとされていることである⁴²（民訴一六三）。我が国においても、口頭弁論における集中証拠調べを可能とするために、争点整理手続は重視され、どのようなものにするべきか、どのように運営して行くかについては、法制定にあたって、その後も大いに議論が交わされ、検討されたところであるが、一度の開廷審理で結論が出される中国民事訴訟においては、審理の根幹

は正しく開廷審理前の準備にある。

中国の開廷審理前の準備では、開廷審理の前に、裁判官は、訴訟資料を審査し、争点、適用法規及び専門知識を把握し、裁判所が調査、収集しなければならぬ証拠を調査、収集する（民訴一一六、最高人民法院の民事裁判方式改革の問題についての若干の規定（以下、裁判方式改革規定と略称する。）五）。

調査の方法としては、裁判官が事件発生地、当事者の居住地及び関係機関に出向いて、現地で調査を行うものであり、その調査は無方式なものであった。

現行法の下では、弁論主義が適用される領域（証拠規定一五・一六・一七条以外）においては、このような調査、収集は行われなくなるであろうが、職権探知主義が採られる場合には、今後も当事者の立会い、事前の通知等は顧慮されることなく、方式等も限定されずに進められるのであろうか。手続保障と審理の透明化の見地からは検討を要すべきことと考える⁽⁴⁵⁾。

また、現段階では、準備を行う裁判官と開廷審理を担当する裁判官は同じである。無方式な審理前の準備の中で心証をとることはあってはならないと考えるが、実際には、審理前に心証が決まってしまう、あるいは調査対象に早期に接することにより予断をもつことになり開廷審理が形骸化するのではないかと⁽⁴⁶⁾いうこと、また、その負担過重から、中国においても準備を担う者と開廷審理を担当する裁判官を分けるべきであるとの議論があり、改革が進められている⁽⁴⁷⁾。判決は我が国のように精緻なものでないことから、判決を書く裁判官が争点整理を行うことが効率的であるとの我が国の議論は⁽⁴⁸⁾当てはまらないが、調査結果が書面化されて提出されることについては、判決を担当する裁判官の新たな負担になるのではないか、心証形成が難しくなるのではないかとの懸念がある。

2 法廷調査

弁論主義が採られる場合には、訴訟資料と証拠資料の峻別により、当事者の知らない事実が認定され、それに基づいて判決が行われることを防ぐことができる。しかし、当事者に訴訟資料についての決定権限が認められない場合には、不意打ちを防ぎ、当事者に十分な主張・立証の機会を与える方策が重要となる。我が国の人事訴訟法二〇条は、「人事訴訟においては、裁判所は、当事者が主張しない事実をしん酌し、かつ、職権で証拠調べをすることができる。この場合においては、裁判所は、その事実及び証拠調べの結果について当事者の意見を聴かなければならない。」と定め、当事者にとって不意打ちとならないよう配慮されている。中国の開廷審理は、当事者の弁論権を十分に保障する仕組みになっているのである^④。

開廷審理では、事実について調査を行い、証拠を確認する法廷調査が行われ、次に、法廷調査で得られた事実と証拠について、当事者が主張、弁駁する法廷弁論が行われる。

まず、事実についての調査では、原告が口頭で事実を陳述、または訴状を読み上げ、具体的な訴訟上の請求と理由を述べ、被告は口頭で事実を陳述、または答弁書を読み上げ、原告の訴訟上の請求に対し異議または反訴を提起するときは、具体的な請求と理由を述べる。双方の陳述で確認された事実については、記録に記載し、法廷調査の必要はない（最高人民法院の第一審経済紛争事件に通常手続を適用し開廷審理を行う若干の規定（以下、通常手続適用規定と略称する。一九九三）二一、裁判方式改革規定九Ⅱ）。裁判官は、争点を際立たせ、事件と関係のない陳述や重複した陳述のないように、当事者の文化レベルや言葉の不明瞭、理解・表現能力の差異等に配慮し、必要な指導と尋問を行い、当事者の陳述の後、必要な質問をして当事者に陳述の補充を求める。そして、裁判長または単独制裁判官は、事件の争点または法廷調査の重点を整理し当事者の意見を求める（裁判方式改革規定八Ⅰ⑤）。

我が国においては、争点整理手続の終了に際し、裁判所は、その後の証拠調べにより証明すべき事実を当事者との間で確認する（民訴一六五・一七〇V）。この規定の趣旨は、証拠調べの段階になってまったく新しい点が問題になり審理が混乱するのを防止しようというものであり、争点整理手続の終了後に攻撃または防御の方法を提出した当事者は、相手方の求めがあるときは、相手方に対し、終了前に提出することができなかった理由を説明しなければならず（民訴一六七・一七四）、十分な説明等がなされない場合には、時期に遅れた攻撃防御方法として却下する（一五七I）可能性を認めることにより、担保されている。

中国においては、事件受理通知書及び応訴通知書と同時に挙証通知書を送達しなければならず、そこには挙証期間も明記されなければならないとされる（証拠規定三三）。そして、『民事訴訟法』一二五条一項は、法廷調査の段階でも新たな証拠を提出できるとするが、『証拠規定』は、この新たな証拠を挙証期間満了後に新たに判明した証拠、客観的原因により挙証期間内に提出できない証拠等に限定し（四一）、期間を過ぎて提出された証拠については、新たな証拠でなければ裁判所は受け入れず（四三）、相手方当事者の同意がない限り、後述の質証を行わずによいものとした（三四）。我が国におけるよりも、攻撃防御方法、特に証拠についての提出時期は厳しくとらえられており、また、「事件の争点または法廷調査の重点を整理し当事者の意見を求める」のは、既に開始されている開廷審理においてであることから、その規定の趣旨は、審理の混乱を防ぐために、時期に遅れた攻撃防御方法を排斥するというよりは、その後の証拠確認の目標を明確にし、裁判官と当事者の情報の共有の上に充実した審理を行うことにあると考える。⁽³⁰⁾ 我が国には、弁論準備手続により争点整理が行われた場合には、当事者は、口頭弁論において、その後の証拠調べによって証明すべき事実を明らかにして、その結果を陳述しなければならない（民訴一七三、民訴規八九）との規定があるが、むしろこの規定と同趣旨のものと考える。⁽³¹⁾

次に、証拠の確認であるが、『民事訴訟法』六六条一項は、「証拠は法廷に呈示し、当事者が互いに質さなければならぬ。」と定め、『裁判方式改革規定』(一九九八)は、「質されていない証拠は、判断の基礎としてはならない。」(一一)と定めた。そして、『証拠規定』(二〇〇二)は、質証について具体化する規定をおいた(四七～六二)。

質証とは、開廷審理において、双方当事人が質疑、反論、対質等により証拠の証拠力を裏づけ、裁判官の自由な心証に影響を与える訴訟活動であり、正しい事実認定、適正な裁判の実現を目的とするものであると解されるが、弁論主義が制限される場合には、当事者の弁論権を保障する重要な役割を果たし得る。

当事者が提供した証拠も、裁判所が調査、収集した証拠も、法廷に呈示し、当事者により質されねばならない(証拠規定四七条)。裁判所が職権により調査、収集した証拠については当事者の意見を聴かなければならず、また、当該証拠を調査、収集した状況について説明することができる(証拠規定五一～五三項)。こうした規定は不意打ちを防止し、審理の過程を透明化するのに役立つと考えられる。

書証、物証、視聴覚資料については、原則として、当事者は原本または原物を呈示するよう求める権利を有する(民訴六八、証拠規定四九)。証人は、原則として出頭して証言を行い、当事者の質問を受けなければならない(証拠規定五五)。隔離尋問を原則とするが、対質を命ずることもでき(証拠規定五八)、当事者は法廷の許可を得て証人に質問することができる(民訴一二五Ⅰ、証拠規定六〇Ⅰ)。

しかし、この開廷審理の場における証人尋問が形骸化しているとの指摘がある。

我が国の弁論準備手続では、証拠調べは文書・準文書に限られるが、中国の開廷審理前の準備で行われる調査には、法廷外で当事者本人、関係者に話を聴き、尋問することも含まれる。主要な争点を確定するために、裁判官の主宰の下、当事者による証拠交換も認められるようになり(裁判方式改革規定五条七項、証拠規定三七・三九条)、

証拠交換の方式で証言を得ることもできる。

しかし、いずれにせよ、その目的は審理前の準備であり、あくまでも争点および法廷調査と弁論を要する問題を把握することにより、開廷審理を正しく指揮し、その充実に資することである。

前述のように、証人は法廷に出頭して証言しなければならず、裁判官と当事者は証人に尋問することができる（証拠規定五五条一項・五八条）のが原則である。証拠交換に出席し証人が証言を行ったときは出頭して証言したものとみなされる場合（証拠規定五五条二項）、出頭が困難な事情がある場合に、法廷での証言に代え、書面の提出等によることができる（証拠規定五六条）のは例外である。

したがって、あちこち聞きまわるのは、争点と証拠の整理に必要な限度において認められるのであり、争点を確定し、事案を理解し、必要な証人であるかどうかを判断するに必要な限度で行われなければならない、その余は法廷で証言させ、質されねばならない（証拠規定五八条）。そうでない証言は訴訟資料としてはならないはずである。

しかし、これはかなり裁判官に高度な役割を求めることになる。この場面では、中国の職権探知は裁判官に労力のみならず、高い能力を要することになる。

また、我が国において、集中証拠調べを可能にするのは、当事者の尋問準備とともに陳述書であり、陳述書によって主尋問の自身が十分に開示され、尋問の準備がしつかりとなされなければ真実に迫れないおそれがあると言われる。⁽³³⁾ 開廷審理は原則として一期日で終わるとする中国の場合も、人証の取調べは集中して行われることになり、その準備は十分に行われなければならないであろうが、実際には、現在、書面審理となっているとの指摘があり、理由は証人が出頭を拒むことにあるということである。⁽³⁴⁾ 例外であるはずの『証拠規定』五六条が大いに適用されているということであろうか。

供述書、尋問記録等については、法廷で読み上げ、双方当事人は質問し回答を求めることができる（通常手続適用規定二五條二項）との規定があるが、この規定の運用は如何か。法廷での証人尋問を補えるとは思わないが、手続保障の意識の表われた規定である。

3 法廷弁論

裁判官は事件の内容が明らかになったと認めるときは、法廷調査を終結し、法廷弁論を開始する。法廷弁論は、法廷調査で得られた事実と証拠について行われるものであり、裁判官は当事者が争点をめぐって弁論を行うように指導しなければならない。また、裁判官は、訴訟指揮に徹し、双方当事人に平等な弁論の機会を与えねばならず、事件の性質、是非責任について意見を表明してはならず、当事者と議論してはならない（裁判方式改革規定一七・一九）。

この規定は、中立な判断者たることを重視し、裁判官に謙抑的であることを求めるものとみられることもできる。しかし、中国の裁判官は、従前、サッカーに例えると、いっしょになってボールを蹴りに行く審判のようだとわれ、そうした状態を否定するに過ぎないと考える。十分な法廷弁論が実施されることは、法廷調査の結果を再確認するものであり、何より解決結果に対する当事者の納得に資することになる。争点から離れた議論を制することはもとより、法廷調査におけると同様、裁判官には積極的な訴訟指揮が求められている。

（1） 中野貞一郎ほか編『新民事訴訟法講義』（有斐閣、二〇〇七）二〇七頁（鈴木正裕）参照。

（2） 職権証拠調べについては弁論主義の内容としない考え方もある。職権証拠調べが認められても、訴訟資料について当事者の決定権限が認められる限りは、弁論主義ととらえるものである。高橋宏志『重点講義民事訴訟法（上）』（有斐閣、二〇〇五）

三六三頁は、「もっとも、三番目の職権証拠調べの禁止は、他の二つほど絶対的なものではない。昭和二三年に削除されたが、大正改正後の旧民訴法二六一条は、職権による補充的な証拠調べを認めていたし、現行法下でも一八六条、二一八条、二二八条三項等々で職権による証拠調べを部分的には認めているからである。この留保を付した上で、しかし、一応、三つの内容をもつものとして弁論主義を理解しておく」とする。

行政事件訴訟についてであるが、杉本良吉「行政事件訴訟法の解説（二・完）」曹時十五卷四号（一九六三）五〇六頁、園部逸夫編『注解行政事件訴訟法』（有斐閣、一九八九）九一頁（春日偉知郎）参照。

（3） 鈴木・前掲注（1）、上田徹一郎『民事訴訟法』（法学書院、第四版、二〇〇四）三二六頁、菊井雄大／村松俊夫『全訂民事訴訟法Ⅰ』（日本評論社、補訂版、一九九三）八〇四頁、秋山幹男ほか『コンメンタール民事訴訟法Ⅱ』（日本評論社、第二版、二〇〇六）一八二頁、山本和彦「狭義の一般条項と弁論主義の適用」広中先生古稀記念『民事法秩序の生成と展開』（創文社、一九九六）八七頁等。

（4） 門口正人はか編『民事証拠法大系 第一巻』（青林書院、二〇〇七）二二頁（笠井正俊）参照。

（5） 小嶋明美「職権探知主義の規整——中国民事訴訟法を素材として——」（1）山形大学法政論叢四三号（二〇〇八）一九頁参照。

（6） 笠井・前掲注（4）二三頁参照。

（7） 小嶋・前掲注（5）一四頁以下参照。

（8） 笠井・前掲注（4）三七頁参照。

（9） 中国には、人事訴訟法等はなく、身分関係に関わる紛争についても民事訴訟法が適用され、紛争対象が第三者に影響を及ぼす場合として、一五条にいう「他人の合法的権利・利益を損なう可能性がある」場合に当たると考えられる。

（10） 人事訴訟も含まれる。前掲注（9）参照。

（11） 笠井・前掲注（4）二三・二六頁参照。

松本博之『人事訴訟法』（弘文堂、第二版、二〇〇七）六一頁は、裁量的な職権探知主義を否定する。

小島武司「家庭裁判所の手続法的課題——職権探知・調停中心主義をめぐって——」ケ研二三三号四頁は、職権探知主義の下での裁判所の職責を補完的な性格を帯びるものととらえ、家事審判で当事者主義的運用がなされる場合の職権探知の責任範囲について論じている。

行政訴訟手続について、山田・前掲九頁は「職権探知義務の範囲を当事者の協力義務に依存させ縮小しようとする方向性が、

判例および学説に見られるようである」と指摘する。

(12) 例えば、我が国の人事訴訟においては、当事者の私的領域の確保という観点から、職権で調査、証拠調べができるという謙抑的な職権探知が採られてきたし、今後もそうした訴訟運営が期待されている(高橋宏志/高田裕成編「人事訴訟法の基本構造」ジュリー二五九号(二〇〇三)五九頁以下参照)。

(13) ドイツの民事訴訟法では、当事者に異議がない場合のみ斟酌すること、当事者の処分を認める規定をおいている。人事訴訟についての議論であるが、我が国においても、裁判官の情報処理、心証形成のレベルでの規律として、証拠調べの結果、事実が出てきたとき、それを最終的に判決に反映させるかどうか、当事者が希望しない事実に基づいて判決をしていいか、原告に選択権を与えてもよいのではないかと論じられている(高橋ほか編・前掲注(12)参照)。これに対し、判決段階についての裁量を否定するものとして、畑瑞穂「人事訴訟における職権探知主義について」家月五六卷三号(二〇〇四)四頁、山田文「職権探知主義における手続規律・序論」論叢一五七卷三号(二〇〇五)一〇頁がある。

(14) 但し、『証拠規定』六三条が、裁判所は証拠により証明できる事実を根拠として裁判を行わなければならないと定めたことについて、中国民事訴訟は「実体中心」のイデオロギーを捨てたと解説される(王亜新「中国民事訴訟の審理構造についての一考察」徳田和幸ほか編『現代民事司法の諸相——谷口安平先生古稀祝賀』(成文堂、二〇〇五)一七五頁参照)。

(15) 一方、ドイツでは、人証以外については職権証拠調べを認めるが、当事者の証拠申出が原則とされ、当事者は裁判所に對して職権証拠調べをするよう求めることができない。その限りで、第三テーゼも弁論主義として論ずることができるという(ライボルド「民事訴訟とイデオロギー——弁論主義を例に——」アーレンス編(小島武司訳)『西ドイツ民事訴訟法の現在』(中央大学出版部、昭六三)六四頁、高橋・前掲注(2)三六五頁参照)。

(16) この規定より先に公布された『最高人民法院の民事裁判方式改革の問題についての若干の規定』(一九九八)は、民事訴訟法六四条二項に定める当事者およびその訴訟代理人が客観的原因により自ら収集できない場合について、「当事者による証拠の調査・収集の申立てで当該証拠の手掛かりの提出」という要件を加えている。

(17) 笠井・前掲注(4)一三頁、伊藤眞『民事訴訟法』(有斐閣、二〇〇八)二七一頁、春日偉知郎『民事証拠法研究』(一九九二)二三三頁、畑瑞穂「模索的証明・事実説明義務論」鈴木正裕先生古稀祝賀『民事訴訟法の史的展開』(二〇〇二)六〇七頁、松本博之「民事訴訟法における証明責任を負わない当事者の具体的事実陳述——証拠提出義務について」曹時四九卷七号(一九九七)一六一頁参照。

(18) 小嶋・前掲注(5)一二頁以下参照。

(19) 小嶋・前掲注(5) 一九頁以下参照。

(20) 前掲注(14) 参照。

(21) 本稿は、中国民事訴訟法を素材として、その規定に基づき論じているが、現段階において、中国の弁論主義は次のような状態にある。すなわち、「当事者が主張しない主要事実」は、裁判所がそれを判決の基礎として取り上げてはならない」というテーゼについては、「なお明文の規定がなくそのような規範意識もはっきりしていないようである。そのため、民事訴訟法の学説には「訴訟資料」と「証拠資料」の峻別や「主要事実」と「間接事実」の区別などの発想がまだない。」(王・前掲注(14) 二七四頁参照。)

(22) 大藤敏「東京地裁における審理充実方策」判タ八八六号(一九九五) 四四頁、井上正三ほか「民事訴訟における審理」判タ九一五号(一九九六) 二五頁以下参照。

(23) 齋藤明美「中国の法院調停と日本の職権調停・訴訟上の和解」民訴雑誌四九号(二〇〇三) 二〇八頁以下、小嶋明美『現代中国の民事裁判―計画から市場へ、経済改革の深化と民事裁判―』(成文堂、二〇〇六) 二六頁以下参照。

(24) 前掲注(14) 参照。

(25) 井上ほか・前掲注(22) 二三頁・二九頁参照。

(26) 高橋宏志ほか「民事訴訟法改正一〇年、そして新たな時代へ」ジュリ一三一七号(二〇〇六) 六頁以下、遠藤賢治ほか「争点整理をめぐって(上)」判タ一二六六号(二〇〇八) 一九頁以下、同「争点整理をめぐって(下)」判タ一二六八号(二〇〇八) 五頁以下参照。

(27) 瀬木比呂志『民事訴訟実務と制度の焦点』(判例タイムズ社、二〇〇八) 二六六・二八九・三五六頁、遠藤ほか・前掲注(26) (下) 二二頁以下参照。

(28) 遠藤ほか・前掲注(26) (下) 九頁参照。

(29) また、島川勝「民事訴訟のマインド」判タ一二八三号(二〇〇九) 二七頁は、以下のように指摘する。「基本的には釈明権の行使は積極的なされていいと考えている。裁判の目的の一つである「適正な裁判」を実現するためには、裁判で争われる紛争についての的確な理解が裁判官、弁護士双方に必要であり、そのためには、釈明権の積極的な行使が必要であるが、このことは当事者主義と矛盾するものではない。国民は事実に基づく適正な裁判を望んでいるのであり、弁護士の力量がないために事実と異なる不適正な司法判断をされても仕方がない、とまで思うようになっていないのではないか。」

(30) 高橋ほか・前掲注(26) 二五頁参照。

(31) 遠藤ほか・前掲注(26)(上)二八頁、遠藤ほか・前掲注(26)(下)一一・一三頁以下、瀬木・前掲注(27)一九七頁以下、高橋ほか・前掲注(26)二五頁以下参照。

(32) 大江忠ほか『手続裁量の規律』(有斐閣、二〇〇五)一二三頁以下(山本和彦)は、釈明の根拠としての情報の格差を弁護士が補うことを論じている。

(33) しかし、我が国の民事訴訟の基本構造が、裁判官の積極的な役割を必要とする指摘される。すなわち、我が国の判決は、一つの正しい法律構成を前提として、形式的、論理的に空きのないものでなければならず、その到達すべき判決に焦点を合わせ、審理を行わなければならない。そして、判決をする裁判官が審理も行うことから、裁判官が釈明権を行使し、介入して行くことが効率的にも望ましいということになる(遠藤ほか・前掲注(26)(下)七頁以下参照)。

それに対し、中国の場合には、判決は簡略なものであり、我が国とは異なる。下級審であるほどそれは顕著であり、中国の判決は結論だけで理由のないもの、あるいは極めて簡単な理由の付されたものであった。また、同じく真実の追究といっても、一つの正しい法律構成に収斂させて行くというものではない。したがって、我が国と異なり、手続構造が裁判官の釈明を必要とするというわけではない。しかし、裁判に誤りがあれば、真実に即したものでないとして当事者の納得が得られなければ、再審理(裁判監督手続)により、紛争は、裁判は蒸し返されることになる。自己責任であるとして当事者に任せておくことは、訴訟経済から妥当でない結果をもたらすことになる。

(34) 遠藤ほか・前掲注(26)(下)一四頁参照。

(35) 二〇〇二年七月の統計によると、全国の人民法院のスタッフ総数が約三〇数万、そのうち裁判官有資格者が二万人いるが、学歴、資格取得の途、担当職務が異なるだけでなく、法律知識、一般的な素養にも格差があるとのことである(王・前掲注(14)二八四頁参照)。

(36) 我が国においても、改正にあたり、「実務全体で一つの方向を取るのか、それとも裁判官ごとに違うのか、官署としての裁判所単位で動くのか、地方毎に動くのか」と言われ(井上ほか・前掲注(22)二四頁参照)、また、実際に地方の実情により、訴訟運営は異なるようである(山本克己ほか「地方の実情に沿った民事訴訟の運営のあり方」判タ一〇六八号(二〇〇一)四頁以下、島川勝「民事訴訟法におけるローカル・ルールの試み」判タ二二八六号(二〇〇九)五二頁以下参照)。中国の民事裁判は、これまでも地方ごとに動きをみせてきた(小嶋・前掲注(20)七二頁以下参照)。

さらに、中国民事訴訟は弁論主義への転換がなされたが、規定どおりの裁判が行われるようになったのは、少なくとも当初は、都市部の裁判所であり、地方では、従前と同じ裁判が行われている。過渡的なことであろうが、根拠条文が一五条に求められて

いるとすれば、一五条に限ってみても、統一的な訴訟運営は妥当でないと考える。前述のような当事者の努力を前提とした職権探知が一五条を根拠として、弱者保護の見地から認められる地方・事案があってもよいのではないだろうか。その上で、裁量の適切な行使のための規律が必須となると考える。

だが、実際には、『証拠規定』実施前（一九九九～二〇〇一）に既に、裁判官の職権による証拠収集があったケースは一五％前後にすぎないことが報告されている（王・前掲注（14）二八七頁参照）。

（37） 遠藤ほか・前掲注（26）（下）一〇頁、山本・前掲注（32）二〇頁以下参照。

（38） 小嶋・前掲注（23）四二頁以下参照。

（39） 山本克己「弁論主義論のための予備的考察―その根拠論と構造論―」民訴三九号（一九九三）一七〇頁、畑・前掲注（13）一頁、山本・前掲注（3）六七頁、山田・前掲注（13）三頁は、弁論主義の内容を審理段階と判決段階に分けて考察する。

（40） 山田・前掲注（13）三頁参照。

（41） 小嶋・前掲注（23）一五八頁以下参照。

（42） 王・前掲注（14）二七八頁以下は、開廷審理について、我が国の口頭弁論と比較して論じている。また、『証拠規定』制定以前、一回限りの開廷審理のほかに、やや複雑な事件については、当事者双方の出席の下に、「手続進行の協議、主張提出と争点整理、証拠の交換とチェック、和解の勧誘など、多種多様な機能を別々にあるいは組み合わせた形で果たすシーンであり、その場所も法廷に限らず、裁判官が法服を着ずに当事者とテーブルを囲んで気さくに話し合う」非正式の開廷審理が数回行われていたとの調査結果を提示されている。

（43） 通常、当事者は、訴えの提起や応訴と同時に、あるいは開廷審理前の準備の段階で証拠を提出する。

（44） 『証拠規定』一五条・一六条・一七条参照。

（45） 我が国の人事訴訟における事実の調査についての議論が参考となる。高橋ほか編・前掲注（12）八九頁以下参照。

（46） 王亜新教授は、中国の審理構造について、次のように指摘される。「旧ソ連の民事訴訟は、法廷を開く前に当事者の主張や証拠提出による拘束を受けずに裁判官の積極的な調査を通して、事件の全容が把握されることを制度的に要求するから、次の段階たる開廷というセッションの形骸化を招く構造的な要素をすでに内包していたと思われる。この非常に強い職権探知の特徴を旧ソ連から受け継いだ中国民事訴訟の審理も、内在的には単一の構造になる傾向にあるといえよう。」「もし職権探知主義的なやり方をそのままにして職権による事実調査や証拠収集を広く認めれば、審理手続の流れを形式的に準備と開廷とに分けても、裁判官は準備の段階ですでに心証を固めてしまうおそれがあり、後に法廷を開いても空洞化して真の「二段階」にならない

公算が大きい。」（王・前掲注（14）二六六・二七五頁参照。）

我が国においても、争点整理手続の充実により、口頭弁論の實質的空洞化の生ずる可能性が指摘されている（西野喜一「争点整理と集中審理」青山善光・伊藤眞編『民事訴所法の争点（第三版）』（有斐閣、一九九八）一六二頁以下参照。）。

(47) 王・前掲注（14）二八四頁以下参照。

(48) 遠藤ほか・前掲注（26）（下）七頁以下参照。

(49) 訴訟上問題となる事項につき資料を提出しかつ意見を述べ、そのような機会を与えずに裁判をしてはならないとする權利（鈴木・前掲注（1）一八七頁参照。）。

(50) 法廷調査終結前にも、裁判長または単独制の場合の裁判官は、法廷調査により認定された事実と争点について総括を行わなければならない（裁判方式改革規定一六）。このようにして当事者と裁判官は事実と争点について確認し、情報を共有し、その上で後述の法廷弁論、そして、可能なときは調停を行うことになる。

(51) 民事訴訟法一七三条は、弁論準備手続が公開の法廷で行われないために、当事者にその結果を口頭弁論において陳述させるものであり、弁論準備手続で提出した資料を訴訟資料とするために必要となる手続であるが、単なる結果陳述（口頭弁論への上程）というより、むしろ、「人証の取調べを始めるについて、当事者が争点や証明すべき事実を明確に意識するために、あるいは傍聴人に対してこれから始まる証拠調べについてわかってもらうために、結果陳述をする意味はある」（高橋ほか・前掲注（26）二三頁「秋山幹男」）。だが、実務では、非常に形骸化した運用がなされている（福永有利／井上治典『アクチュアル民事の訴訟』（有斐閣、二〇〇七）一〇二頁参照。）。

(52) 常怡 主編『民事訴訟法学』（中国政法大学出版社、改訂版、二〇〇二）二二六頁。また、「質証とは、相手方が提供した証拠について当事者に疑問を出させ、挙証する側はこの疑問に対し釈明を行い、その基礎の上に法官が審査、確認、認定を行うことをいう。」（劉桂明「民事審判方式改革：熱潮中的冷思考」江平編『民事審判方式改革与發展』（中国法制出版社、第一版、一九九八）三頁。）等々、定義づけられている。

(53) 高橋ほか・前掲注（26）二二頁参照。

(54) 王・前掲注（14）二八五・二八七頁参照。